

Recomendación No. SCPM-DS-002-2015

Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

CONSIDERANDO

- Que los numerales 2 y 3 del artículo 11 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establecen: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”;*
- Que los numerales 3 y 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador proclaman: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”; “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”;*
- Que el artículo 52 de la Constitución señala: “La ley establecerá [...] los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores”;*
- Que los numerales 11, 19 y 20 del artículo 66 de la Constitución reconocen y garantizan a los ciudadanos los siguientes derechos, entre otros: [...] 11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica. [...] 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley. 20. El derecho a la intimidad personal y familiar. [...];*
- Que el artículo 92 de la Constitución ordena: “Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el*

origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados”;

- Que el artículo 213 de la Constitución dispone: “Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley [...]”;*
- Que el artículo 226 de la Constitución dispone: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.*
- Que el literal b) del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo determina que corresponde a la Defensoría del Pueblo: “Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen”;*
- Que el artículo innumerado (1) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo establece: “El Defensor del Pueblo tiene la atribución de ordenar medidas de protección para evitar o cesar la vulneración de derechos Constitucionales de personas y grupos de atención prioritaria y sancionar su incumplimiento con multas”;*
- Que el numeral 9 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social señala: “Principio de coordinación y cooperación institucional.- Las instituciones que forman parte de la Función de Transparencia y Control Social deben coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y para el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”;*

- Que el artículo 1 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública dispone: "toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONGs), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley";*
- Que los literales a) y e) del artículo 4 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública expresan: "La información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas. El Estado y las instituciones privadas depositarias de archivos públicos, son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información" y "Las autoridades y jueces competentes deberán aplicar las normas de esta Ley Orgánica de la manera que más favorezca al efectivo ejercicio de los derechos aquí garantizados", respectivamente;*
- Que el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública determina: "Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República. El uso ilegal que se haga de la información personal o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes";*
- Que el numeral 14 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala como objetivo: "Garantizar que los derechos de las personas, especialmente de aquellas que constituyen grupos de atención prioritaria, sean respetados y satisfechos en el ámbito de la presente Ley";*
- Que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que: "La provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones responderá a los principios constitucionales de [...] no discriminación, privacidad [...]";*
- Que el numeral 4 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que: "[...] la privacidad y protección de sus datos personales, por parte del prestador con el que contrate servicios, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente";*
- Que el artículo 42 de Ley Orgánica de Telecomunicaciones determina: "El Registro Público de Telecomunicaciones estará a cargo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la que establecerá las normas para el procedimiento de registro, requisitos y cancelaciones";*
- Que los numerales 1 y 29 del artículo 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones determinan las siguientes competencias de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: "Emitir las regulaciones, normas técnicas, planes*

técnicos y demás actos que sean necesarios en el ejercicio de sus competencias, para que la provisión de los servicios de telecomunicaciones cumplan con lo dispuesto en la Constitución de la República y los objetivos y principios previstos en esta Ley” y “Regular y controlar las actividades relacionadas con el comercio electrónico y firma electrónica, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”;

- Que los numerales 3 y 4 del artículo 55 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor recogen las siguientes prácticas abusivas del mercado: “Enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que éste lo haya solicitado. En tal hipótesis, se entenderá como muestras gratis los bienes y /o servicios enviados” y “Aprovecharse dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio”;
- Que el artículo 81 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor determina: “Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente Ley, así como las demás leyes conexas”;
- Que el numeral 3 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala como práctica prohibida “El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas”;
- Que el numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que “Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado [...] del incumplimiento de una norma jurídica, [...] sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida”;
- Que los literales a) y b) del numeral 10) del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado determinan como prácticas desleales: “El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor”; y, “El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor”, respectivamente; y el literal b) del numeral 10) del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado considera como práctica desleal “El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor”;
- Que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado preceptúa: “corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley [...]”;

- Que el artículo 2 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos delimita su ámbito de aplicación a “las instituciones del sector público y privado que actualmente o en el futuro administren bases o registros de datos públicos, sobre las personas naturales o jurídicas, sus bienes o patrimonios y para los usuarios de los registros públicos”;*
- Que el artículo 4 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos dispone: “las instituciones del sector público y privado y las personas naturales que actualmente o en el futuro administren bases o registros de datos a su cargo [...] responderán por la veracidad, autenticidad, custodia y debida conservación de los registros. La responsabilidad sobre la veracidad y autenticidad de los datos registrados, es exclusiva de la o el declarante cuando esta o este proveen toda la información. [...]”;*
- Que el artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos determina: “Accesibilidad y confidencialidad.- Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales. El acceso a estos datos sólo será posible con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial. También son confidenciales los datos cuya reserva haya sido declarada por la autoridad competente, los que estén amparados bajo sigilo bancario o bursátil, y los que pudieren afectar la seguridad interna o externa del Estado. La autoridad o funcionario que por la naturaleza de sus funciones custodie datos de carácter personal, deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias para proteger y garantizar la reserva de la información que reposa en sus archivos. Para acceder a la información sobre el patrimonio de las personas el solicitante deberá justificar y motivar su requerimiento, declarar el uso que hará de la misma y consignar sus datos básicos de identidad, tales como: nombres y apellidos completos, número del documento de identidad o ciudadanía, dirección domiciliaria y los demás datos que mediante el respectivo reglamento se determinen. Un uso distinto al declarado dará lugar a la determinación de responsabilidades, sin perjuicio de las acciones legales que el/la titular de la información pueda ejercer”;*
- Que el artículo 21 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos establece: “Cambio de información en registros o bases de datos.- La o el titular de los datos podrá exigir las modificaciones en registros o bases de datos cuando dichas modificaciones no violen una disposición legal, una orden judicial o administrativa. La rectificación o supresión no procederá cuando pudiese causar perjuicios a derechos de terceras o terceros, en cuyo caso será necesaria la correspondiente resolución administrativa o sentencia judicial”;*
- Que el artículo 23 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos establece: “El sistema informático utilizado para el funcionamiento e interconexión de los registros y entidades, es de propiedad estatal y del mismo se*

podrán conceder licencias de uso limitadas a las entidades públicas y privadas que correspondan, con las limitaciones previstas en la Ley y el Reglamento [...]";

- Que el artículo 28 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos "crea el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos con la finalidad de proteger los derechos constituidos, los que se constituyan, modifiquen, extingan y publiciten por efectos de la inscripción de los hechos, actos y/o contratos determinados por las leyes; y con el objeto de coordinar el intercambio de información de los registros de datos públicos. En el caso de que entidades privadas posean información que por su naturaleza sea pública, serán incorporadas a este sistema. [...]"*;
- Que el artículo innumerado (5° consecutivo) de la Sección I ("Registro de Datos Crediticios") del Capítulo innumerado de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos define: "Usuario de Información Crediticia.- Es toda persona, natural o jurídica, legalmente autorizada por el titular de la información crediticia, que recibe de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos la prestación del servicio de referencias crediticias"*;
- Que en el artículo 5 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos dispone: "Se establecen los principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención. Toda violación a estos principios, principalmente aquellas referidas a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley y demás normas que rigen la materia"*;
- Que el artículo 9 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos establece: "Para la elaboración, transferencia o utilización de bases de datos, obtenidas directa o indirectamente del uso o transmisión de mensajes de datos, se requerirá el consentimiento expreso del titular de éstos, quien podrá seleccionar la información a compartirse con terceros. La recopilación y uso de datos personales responderá a los derechos de privacidad, intimidad y confidencialidad garantizados por la Constitución Política de la República y esta ley, los cuales podrán ser utilizados o transferidos únicamente con autorización del titular u orden de autoridad competente. No será preciso el consentimiento para recopilar datos personales de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la administración pública, en el ámbito de su competencia, y cuando se refieran a personas vinculadas por una relación de negocios, laboral, administrativa o contractual y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato. [...]"*;
- Que el apartado 2.1.2.1. del artículo 7 del Estatuto Orgánico por Procesos de la Defensoría del Pueblo establece, entre otras, las siguientes atribuciones y responsabilidades a la Dirección General de Usuarios de Servicios Públicos Domiciliarios: "b) Coordinar y direccionar la implementación de los mecanismos de protección de los derechos de los [usuarios] de los servicios públicos*

domiciliarios a nivel nacional, regional y provincial. c) Definir la implementación de políticas, directrices, procedimientos y normativas de protección de derechos de los [usuarios] de los servicios públicos domiciliarios a nivel nacional, regional y provincial. [...] g) Coordinar y cooperar con las oficinas de atención, reclamos o análogas de las empresas que brindan servicios públicos domiciliarios. [...] i) Solicitar informes u opiniones técnicas a entidades públicas y privadas con relación a materia de servicios públicos domiciliarios”;

- Que existe la necesidad de la clasificación normativa de la información personal en función de afectación de los derechos fundamentales, en alineamiento con los preceptos constitucionales. Igualmente, las bases de datos pueden clasificarse en función de las entidades que las administren y los fines de su almacenamiento (comunicacional, asociativa, investigativa, comercial...);*
- Que la función y las competencias de la Defensoría del Pueblo le permiten establecer un marco general de protección de los derechos de los consumidores y usuarios en relación con sus datos personales, así como coordinar las medidas de su cumplimiento con las demás instituciones involucradas;*
- Que la función y las competencias de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones le permiten establecer los lineamientos de regulación y control para la seguridad de los datos privados en el ámbito de tecnologías de información y comunicación, así como específicamente en el comercio electrónico;*
- Que el almacenamiento generalizado de los datos personales de los consumidores y usuarios por parte de los operadores económicos podría ser utilizado para prácticas de acoso en contra de los consumidores;*
- Que la obtención, el uso y la transferencia de los datos personales de los consumidores y usuarios, sin su consentimiento, por parte de los operadores económicos, constituyen la vulneración de los derechos constitucionales arriba indicados; asimismo, posibilitan las acciones dirigidas al desgaste del consumidor, tipificadas como prácticas agresivas de acoso, coacción o influencia indebida contra los consumidores;*
- Que el acceso a los datos crediticios de terceros por parte de un operador económico en contravención de lo establecido en la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos es susceptible de constituir infracción del numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;*

En ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 38 numerales 11 y 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:



RECOMIENDA

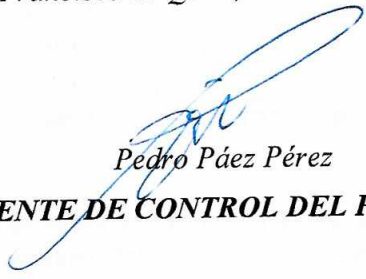
Primera.- A fin de evitar las prácticas de acoso, coacción e influencia indebida en contra de los consumidores, que se dan debido a la falta de regulación que proteja la información privada de las y los ciudadanos, se exhorta a la Defensoría del Pueblo que implemente las acciones para introducir a nivel reglamentario, las disposiciones normativas y proponer las políticas públicas que controlen la obtención, almacenamiento, uso y transmisión de los datos personales por parte de las entidades privadas.

Segunda.- A efecto de diseñar herramientas para la detección de posibles infracciones establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado con la utilización de datos personales de los ciudadanos por parte de los operadores económicos, se convoca a la Defensoría del Pueblo, Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; y, Dirección Nacional de Registro de los Datos Públicos a la coordinación de acciones conjuntas con esta Superintendencia.

Tercera.- A fin de consultar, conocer y reportar cualquier práctica anticompetitiva a que se refiere esta recomendación, se pide a las instituciones públicas difundir e informar a la ciudadanía en general la utilización del número telefónico 159 de "la Función de Transparencia y Control Social"; y,

Cuarta.- Invitar a los medios de comunicación social, a las asociaciones de consumidores, a las instituciones públicas y privadas, a las universidades, a los movimientos populares de base y a la ciudadanía en general, para que se contacten con esta Superintendencia en caso de tener inquietudes referentes a la presente Recomendación.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el 13 de agosto de 2015.



Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

